



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Matheus Oliveira de Abrantes

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Brasília
2015

Matheus Oliveira de Abrantes

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB como um
dos pré-requisitos para obtenção de título de
Bacharel em Direito.

Professor Orientador: José Osterno

Brasília
2015

Matheus Oliveira de Abrantes

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB como um
dos pré-requisitos para obtenção de título de
Bacharel em Direito.

Brasília, ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora

Prof. José Osterno – Orientador

Examinador

Examinador

Brasília
2015

RESUMO

Esta pesquisa teve como objetivo analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato face a Constituição Federal, que prevê implicitamente o princípio da ofensividade, segundo o qual, não haveria crimes quando a conduta praticada não lesionasse ou colocasse em exposição de lesão o bem jurídico tutelado, fazendo com que a não obediência de tal princípio acarretasse no surgimento dos crimes de perigo abstrato, os quais presumem a lesão ou exposição de lesão ao bem jurídico tutelado. Foram expostas várias teorias, onde o raciocínio de Luís Greco foi identificado como o mais apropriado, pois segundo o mesmo existiriam crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos, sendo legítimos aqueles que decorrem da tipificação de bens jurídicos explícitos ou implícitos na Constituição (por exemplo: crime de tráfico de drogas) e os ilegítimos, sendo os que não apresentam a mesma característica (por exemplo: disparo de arma de fogo).

Palavras-chave: Crime de Perigo Abstrato. Inconstitucionalidade. Princípio da Ofensividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 CRIME.....	08
1.1 Conceito.....	08
1.2 Bem Jurídico-Penal.....	11
1.3 Tipo Objetivo X Tipo Subjetivo.....	13
2 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	17
2.1 Conceito	17
2.2 Espécies de Ofensa.....	21
2.2.1 <i>Dano</i>	20
2.2.2 <i>Perigo de Dano</i>	21
2.3 Classificação dos Crimes.....	24
2.3.1 <i>Crime de Dano</i>	24
2.3.2 <i>Crime de Perigo</i>	29
2.3.2.1 <i>Crime de Perigo Concreto</i>	30
2.3.2.2 <i>Crime de Perigo Abstrato</i>	31
3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	37
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, os crimes de perigo abstrato. O interesse pelo tema abordado deu-se em virtude de sua atualidade, e pelo modo que vem sendo abordado no contexto atual.

O Direito Penal, sendo a ferramenta mais invasiva do Direito, está sujeito a um conjunto de princípios limitadores. Nesse sentido, é essencial a definição das margens do direito de punir do Estado. Em análise, ainda que incipiente, da doutrina que discorre sobre o polêmico tema, percebe-se a existência de dois polos distintos de argumentação: o lado que entende não ser compatível tais crimes com a constituição, haja vista os crimes de perigo abstrato não representarem um efetivo dano para o bem jurídico nem o expor a perigo de dano concreto conforme o princípio da ofensividade ou lesividade requer, e em contrapartida, há os que advogam positivamente a seu favor baseados em dados empíricos e concretamente aferíveis, assim como regras de experiência ensejando a sua tipificação.¹

Partindo do pressuposto que a toda essa controvérsia circunda o tema da lesividade ou ofensividade aos bens jurídicos, a questão em apreço não se distanciam do popular princípio da intervenção mínima do direito penal, o qual ensina que a seara penal deve ser a *ultima ratio*. Destarte, partindo desta premissa, uma intervenção de índole penal só é legítima quando há ofensa relevante ao bem tutelado.²

Nesse sentido, a presente monografia tem por objetivo compreender a legitimidade de tais crimes, para tanto, é feita uma pesquisa empírica dos doutrinadores, propondo a sistematizar os argumentos utilizados pelos mesmos, dividindo-os em grupos: os que defendem a legitimidade dos crimes de perigo abstrato; os que defendem a ilegitimidade; e os que sugerem uma terceira forma de ver tais crimes.

Este trabalho foi então dividido em três capítulos para o seu desenvolvimento lógico. O primeiro tratou de conceitos necessários para o entendimento do tema principal como o de crime, bem jurídico, etc. O segundo foi

¹ ASSIS, Jorge Cesar de, e ZANCHET, Dalila Maria. Revista Jurídica Consulex . Ano XV, nº 354. 15 de outubro de 2011. pag. 64.

² Ibidem., p. 64.

destinado a abordar o princípio da ofensividade, as espécies de ofensa e as classificações de crime. No terceiro e último capítulo, é realizada uma análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Visto isso, a presente buscará elucidar de que forma a mais alta Corte brasileira tem se posicionado diante da tensão jurídica resultante da coexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, dos crimes de perigo abstrato e do princípio da ofensividade em matéria criminal. Por fim, são apresentadas críticas pessoais acerca do tema, a partir dos resultados obtidos com a pesquisa.

1 CRIME

A definição jurídica do crime é um ponto importante e, ao mesmo tempo, bastante controverso na doutrina penal moderna. Além de ser um fenômeno social, o crime é na realidade, um episódio na vida de um indivíduo. Não podendo portanto, ser dele destacado e isolado, nem mesmo ser estudado ou reproduzido em laboratório. É nesse sentido que passamos a analisar neste capítulo as suas vertentes.

1.1 Conceito

O Crime pode ter vários conceitos de acordo com a perspectiva a ser analisada. Para Paulo Queiroz, ela pode ser vista no âmbito legal ou doutrinário, onde legalmente pode ser um crime, um delito ou uma contravenção, adotando-se uma classificação tri ou bipartida³.

O Decreto lei nº 3.914/41, o qual faz introdução ao Código Penal, já em seu artigo 1º define o que é infração da seguinte forma:

“considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”⁴.

O Brasil acolheu uma definição bipartida, onde a infração penal (gênero) se subdivide em duas espécies, o crime e a contravenção. O mesmo não ocorre em alguns países que adotaram a teoria tripartida, onde a infração penal se divide em crime, delito e contravenção. Aqui no Brasil, delito e crime são considerados a mesma coisa.

Sendo assim, temos uma distinção puramente quantitativa que surge entre crime e contravenção. Enquanto na contravenção, por ser uma infração mais leve, sendo punida com prisão simples e/ou multa, no crime, infração de maior

³ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA, Editora JusPodium, 2012, pag. 179.

⁴ Presidência da República. Lei de introdução do Código Penal - Dec. Lei nº 3.914/41, art. 1º. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acessado em 01/06/2015, 20h24.

potencial ofensivo, a sanção aplicada é a reclusão, detenção, entre outras sanções punitivas⁵.

Já definindo o crime em face da doutrina, podemos a dividir em 5 conceitos: formal, material, formal-material, definitorial e analítico.

O conceito formal surge quando a lei define o que é crime, ou seja, tendo em mente o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, tem-se que a criação dos tipos incriminadores e suas consequências estão submetidas a uma lei formal anterior.⁶ Em outras palavras, significa dizer que crime é tudo aquilo que a lei definir como tal.

Materialmente, crime é a conduta que viola um bem jurídico penalmente protegido. Paulo Queiroz diz que “por implicar as maiores violências (em tese) sobre a liberdade do cidadão, segue-se que só faz sentido definir como delito condutas que não possa ser objeto (exclusivamente) de outras formas menos lesivas de prevenção e controle social, aí incluída, inclusive, a intervenção do direito público e privado.”⁷

Visando a complementação dos conceitos material e formal de crime, o conceito formal-material funde-os em um e define crime aquela infração lesiva ao ordenamento jurídico-penal, assim como Francesco Carrara definiu: “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, e que resulta de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e socialmente danoso.”⁸ Destaca-se o aspecto formal na expressão *infração da lei do Estado*; e o material, no *ato socialmente danoso*.

Para a teoria do etiquetamento, que define o conceito de crime definitorial, o delito que não tem consistência material, é o resultado, não tanto da lei, mas dos processos de reação social, que constroem a conduta desviada, de modo que a conduta não é desviada em si mesma, e sim em razão de um controle social de reação e seleção. O crime é, portanto, uma construção social arbitrária resultante

⁵ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA, Editora JusPodium, 2012, pag. 179.

⁶ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 106.

⁷ QUEIROZ, op. cit. Pag. 182

⁸ Ibidem., pag. 182

dos processos de criminalização primária, entre outros a lei, e secundária, a cargo do sistema de justiça criminal como a Polícia, o Ministério Público etc.⁹

Finalmente, convém referir o conceito analítico de crime, adotado pelo código penal brasileiro, também conhecida como a Teoria do Delito. Para essa teoria, crime se divide em fato típico, ilícito e culpável.

Diz-se que um fato é típico quando a uma perfeita subsunção da conduta praticada a norma penal incriminadora (ex.: furtar, estuprar), sendo assim, quando a conduta não se ajustar ao texto normativo, haverá atipicidade, qualidade essa que prejudica as outras. Destarte, só haverá crime quando houver fato típico, antijurídico e culpável.

O fato típico decorre de um nexo de causalidade entre uma conduta tipificada e um resultado, onde, faltando qualquer desses elementos, não se passará a análise do próximo elemento, seja este a antijuricidade seguida da culpabilidade, pois em uma primeira análise o crime já foi considerado como atípico. Logo, em razão do princípio da legalidade, a descrição dos elementos do crime se dá o nome de tipo, devendo haver então uma coincidência entre o comportamento humano e a norma penal incriminadora.¹⁰

Confirmada a conduta como típica, passa-se a análise da sua ilicitude, também chamada de antijuricidade, onde tal ação ou omissão deve ser contrária ao ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, constatado um crime em decorrência de legítima defesa, a análise da culpabilidade ficará prejudicada.

Diz-se que uma conduta é ilícita quando praticada contrariamente ao direito. Isto é, quando não for verificada uma descriminante (causa de exclusão da ilicitude), seja esta alguma Causa Supralegal de Exclusão de Ilicitude, ou o Estado de Necessidade, a Legítima Defesa, o Estrito Cumprimento do Dever Legal ou Exercício Regular do Direito como dispõe o art. 23 do Código Penal.¹¹

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁹ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA, Editora JusPodium, 2012, pag. 183.

¹⁰ Ibidem. pag. 185

¹¹ Ibidem. pag. 185

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”¹²

Percebe-se que o direito autoriza a prática de certas condutas delituosas, onde presente o nexo de causalidade entre tal ato e o resultado, porém amparado por uma discriminante, o agente estará agindo nos limites da legalidade. Um exemplo é a prática do homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal, a fim de preservar sua própria vida.

Existindo então uma conduta típica e antijurídica, passa-se a apuração da culpabilidade do autor, onde é analisada se era possível que esse agisse de outra forma dentro dos limites do direito. Não sendo possível outra conduta além da praticada, o agente será inculpável, não podendo assim ser punido penalmente pelo crime praticado. Porém, existindo a possibilidade de outra conduta em que se pudesse evitar o crime, ficará comprovada a culpabilidade, e provavelmente sua punibilidade.

A culpabilidade se constitui como uma condição subjetiva, onde se faz um juízo de reprovação do autor de um fato típico e ilícito, por lhe ser possível e exigível, concreta e razoavelmente um comportamento diverso¹³.

1.2 Bem Jurídico-Penal

Para conceituarmos bem jurídico, antes devemos fazer uma breve conceituação do que se entende por bem. Bem é tudo aquilo que tenha o poder, a aptidão para satisfazer alguma necessidade. Abbagnano o conceitua como “tudo o que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título”, ou seja, tudo o que tem um valor. De modo que os bens, além de serem o que são, valem.¹⁴

Assim, segundo Pontes de Miranda, o bem jurídico será aquele bem, que por ter determinada relevância para o direito, adentrou no mundo jurídico. Ou seja, é

¹² Presidência da República. Código Penal – Parte Geral, do crime. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acessado em 02/06/2015, 20h30.

¹³ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA, Editora JusPodium, 2012, pag. 186.

¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 36.

o bem que por ter recebido uma valoração de essencialidade, tornou-se portador de tutela jurídica.¹⁵

Pelo fato do homem viver em função de valores, as ações humanas são produto de valorações que estes empreendem a respeito das coisas, situações, fatos e também de pessoas. Destarte, se algum valor for de tal relevância que mereça tutela penal, configurará um bem jurídico-penal.¹⁶ Portanto, o que legitima o direito penal e o fundamenta, é a tutela de valores que se expressam nos bens jurídicos em face do Estado democrático de direito.

Mesmo não se confundido a noção de bem jurídico com a de objeto da ação, não é sempre que se podem distinguir tais conceitos. A matéria ganha importância pelo fato da aplicação do princípio da ofensividade, que diz que toda conduta delituosa deve lesar ou expor a perigo de lesão determinado bem jurídico.

Prado diz que o objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica. Essa realidade – passível de apreensão sensorial – pode ser corpórea (pessoa ou coisa) ou incorpórea (honra). Em outros termos, o objeto material ou da ação é formado “pelo ser animado ou inanimado – pessoa ou coisa (animal) – sobre o qual se realiza o movimento corporal do autor que pratica uma conduta típica no círculo dos delitos a cuja descrição pertence a um resultado tangível. Tem sido afirmado, com acerto, que, enquanto o conceito de objeto da ação pertence substancialmente à consideração naturalista valorativa sintética”.¹⁷ Em outras palavras, significa dizer que o objeto material pode vir a coincidir com o bem jurídico ou não.

Convém ainda destacar a diferença entre os bens jurídicos individuais e transindividuais conforme Prado:

“Os individuais são os que têm como titular o indivíduo, o particular que os controla e deles dispõe conforme sua vontade, tendo um caráter estritamente pessoal, enquanto que os transindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa

¹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 36.

¹⁶ Ibidem, pag. 37

¹⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 219.

ou universal (coletiva ou difusa). Supõe um âmbito proteção que transcende a esfera individual, sem deixar de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Classificam-se em institucionais (públicos ou estatais), coletivos ou difusos.”¹⁸

Por fim, temos a definição de bem jurídico-penal que Greco nos trás, segundo o autor “bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”¹⁹. Destarte, segundo o autor, esse seria um dos motivos para o Colégio Pedro II ser mantido na órbita federal e não ser um bem jurídico, enquanto que a vida, a liberdade, a autenticidade da moeda e a probidade seriam.

1.3 Tipo Objetivo X Tipo Subjetivo

Haja vista o estado, através do seu ordenamento jurídico, querer sancionar com penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, para tanto, tutelando os bens jurídicos fundamentais, deve antes especificar exatamente a matéria de suas proibições através dos tipos penais. Esses tipos são predominantemente descritivos, pois são compostos de elementos objetivos (descrição abstrata de um comportamento e as vezes elementos normativos e subjetivos), os quais são os mais importantes para distinguir uma conduta qualquer, compreendendo, neste caso, a conduta, o resultado, nexos causal e a tipicidade. Porém apresentam também elementos subjetivos (compreende necessariamente o dolo como elemento intencional e genérico, e, eventualmente, outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados elementos subjetivos do tipo – injusto) como veremos.²⁰

Para Mirabete e Fabbrini, a conduta seria aquele comportamento humano dirigido a um fim e manifestação dessa vontade, não implicando que a vontade seja livre ou que seja querido o resultado. Assim não se incluem os que derivam de fatos naturais como o terremoto, a chuva, raio, ou ainda do mundo animal, bem como os

¹⁸ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 226.

¹⁹ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pag. 89.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30 edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014, pag. 85 e 86.

atos praticados pelas pessoas jurídicas, além de outros atos que não intervêm de vontade, como a coação física irresistível, o sonambulismo, desmaio, etc. No caso de um cachorro que morde alguém a mando de uma pessoa, a conduta é praticada por esta e não pelo animal, assim como os atos delituosos de prepostos ou diretores da pessoa jurídica envolvida em ilícito penal.

Existindo a conduta, passasse a análise da existência do resultado para que o crime exista, sendo definido como a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.²¹ De acordo com Damásio, “o resultado pode ser físico (dano, por exemplo), fisiológico (lesão, morte) ou psicológico (o temor no crime de ameaça, o sentimento do ofendido na injúria etc.)”²²

Para que exista o fato típico, é necessário também que aja uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado, ou seja, nexos de causalidade. Destarte, para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, onde causa é todo o antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem afetar o resultado, limitando-se pelo elemento subjetivo do fato típico, por ter o agente querido o fato ou por ter dado causa ao resultado ao não tomar as cautelas que dele se exigia, ou seja, só se pratica conduta típica quem agiu com dolo ou culpa. Além disso, a existência de uma concausa (duas causas preexistentes ou concomitantes concorrendo pro mesmo resultado) não exclui a imputação ao agente, pois a concausa não rompe a cadeia causal entre a conduta dele e o resultado.²³

A tipicidade, como último elemento do fato típico, corresponde na perfeita adequação entre o fato concreto e a descrição na lei, é o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal. É composta por elementos objetivos, normativos e subjetivos, os quais são indispensáveis para sua caracterização. No homicídio, há tipicidade quando o agente pratica a conduta de “matar alguém” (elemento objetivo), na violação de segredo profissional quando esta for sem justa causa (elemento normativo), no crime de assédio sexual, quando o constrangimento for praticado com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual (elemento

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30 edição. São Paulo, Editora Atlas. 2014. pag. 88 e 89.

²² JESUS, Damásio E., apud MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30 edição. São Paulo, Editora Atlas. 2014. Pag. 94.

²³ MIRABETE, op. cit. Pag. 94 a 96.

subjetivo). Assim, só existe fato típico quando o fato natural estiver também preenchido pelo tipo subjetivo.²⁴

O tipo penal apresenta duas funções, sendo a primeira de garantia, haja vista aperfeiçoar e sustentar o princípio da legalidade do crime e, a segunda, de indicar a antijuricidade do fato a sua contrariedade ao ordenamento jurídico. A antijuridicidade é presumida quando praticado um fato típico, porém existindo uma causa excludente de ilicitude, a presunção é cessada. Dessa forma, se X mata Y voluntariamente, temos o fato típico e a presunção de antijuricidade, porém, se depois se descobre que a conduta foi praticada em legítima defesa, não há mais a incidência da antijuricidade e o fato deixa de ser crime. Nesse sentido, existem também fatos que podem ser antijurídicos mas não serem típicos, como exemplo, a fuga de presos sem ameaça ou violência e sem a colaboração de outrem.²⁵

Não é sempre que ocorre uma perfeita adequação do fato ao tipo, necessitando que em alguns casos, este seja completado com outras normas contidas na parte geral do código (tipicidade indireta), como por exemplo, a tentativa (artigo 14, inciso II do Código Penal).²⁶ Veja: Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.²⁷

Vale falar também da atipicidade, que ocorre quando há a ausência de tipicidade. Esta pode ser absoluta (total) como o exercer o meretrício, ou específica, quando inexistente um elemento objetivo que caracteriza determinado crime, como, por exemplo, não ser recém-nascida a vítima morta pela mãe (em se tratando de infanticídio) ou quando falta um elemento normativo do tipo (existência de justa causa para a prática das condutas descritas no arts. 151, 153, 154, etc.).

Os elementos subjetivos apresentados pelo tipo são o dolo e a culpa, os quais não integram a culpabilidade, mas sim o fato típico. Nesse sentido temos o entendimento de Manoel Pedro Pimentel:

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30 edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014, pag. 98 e 99.

²⁵ Ibidem, pag. 99.

²⁶ Ibidem, pag. 99.

²⁷ Presidência da República. Código Penal, Parte Geral, Título I. Da Aplicação da Lei Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 30/09/2015, 13h48.

“Segundo os ensinamentos da teoria da ação finalista, dolo e culpa são elementos psicológicos que animam a conduta, ligando o agente a seu fato. Esses elementos, portanto, não são a causa da reprovabilidade da conduta, situando-se no terreno da tipicidade e não da culpabilidade.”²⁸

Segundo a Teoria finalista da Ação, o dolo é um dos elementos da conduta que compõem o fato típico. Caracteriza-se pela vontade livre de querer praticar uma conduta descrita em uma norma penal incriminadora. Ou seja, o agente quer (dolo direto) ou assume o risco (dolo eventual) de produzir o resultado ilícito com sua conduta, de acordo com a teoria adotada pela doutrina, conhecida como Teoria da Vontade e do Assentimento. Em contrapartida, não existirá a conduta dolosa, quando o agente incorrer em erro de tipo, ou seja, quando este pratica a conduta descrita no tipo penal sem ter vontade ou consciência daquilo que leva a efeito. Quando o erro for escusável, isenta de pena, quando inescusável, o agente será punido a título de culpa, se existir previsão desta conduta (culposa) na lei penal. Portanto aquele que incorrer em erro de tipo sempre terá o dolo afastado no estudo analítico do crime.

A diferença entre dolo eventual e culpa consciente é tênue, sendo comum a confusão dos conceitos, haja vista que em ambos há a previsibilidade como elemento comum. A diferenciação se faz por critério psicológico: na culpa consciente, o agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente em sua não ocorrência, enquanto, no dolo eventual, o agente, além de prever o resultado, não se importa com sua ocorrência.²⁹

²⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de Mera Conduta. 2 Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. Pag. 69.

²⁹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9719&revista_caderno=11. Acessado em 30/09/2015, 14h15.

2 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O Direito Penal está submetido a um conjunto de princípios constitucionais limitadores, responsáveis por impor freios a tutela penal do Estado. Um desses princípios constitucionais é o princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, como se passa a ver agora.

2.1 Conceito

De acordo com o Princípio da ofensividade (lesividade), só as condutas lesivas a um bem jurídico alheias, público ou particular, entendendo-se como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa necessita para a sua autorrealização na vida social, ou que à exponha a perigo de lesão podem ser consideradas como delito, assim, aquelas condutas as quais não ofendam seriamente o bem jurídico alheio não podem ser criminalizadas, como por exemplo a tentativa de suicídio ou a automutilação.³⁰

De maneira mais clara, tal princípio exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado não se ocupando com os comportamentos autolesivos, haja vista tais lesões não transcenderem a pessoa do próprio autor.

Sendo assim, a lei deve descrever como conduta delituosa aquela que esteja apto a vulnerar um bem jurídico tutelado. Só é justificável a intervenção estatal, principalmente a penal, quando for estritamente necessária à defesa de valores eleitos pela comunidade em face e agressões intoleráveis.

O direito penal então age na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, dentro de um quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado Democrático de Direito, seguindo o pensamento jurídico moderno³¹.

Ao tratar do princípio da ofensividade, Nilo Batista enumera quatro funções principais:

³⁰ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA. Editora JusPodium, 2012, pag. 94.

³¹ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 219.

“A primeira consiste em ‘proibir a incriminação de uma atitude interna’. Por essa função não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir o bem alheio, ainda que tenha havido cogitação (*cogitationis poenam nemo patitur*). A segunda função está em ‘proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor’, segundo o qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, auto lesão etc. A terceira função visa a ‘proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais’ tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona ‘proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico’.”³²

Deve-se destacar esta última função, haja vista estar relacionada diretamente com o tema a ser abordado neste trabalho. Ao direito penal não importa quão desviada da moral ou dos padrões sociais seja determinada conduta, este deve ser chamado quando surgir a necessidade de preservar bens valiosos e essenciais de certas ações ou omissões que a eles sejam ofensivas, analisando de que maneira e em que medida elas surgem, aferindo-se, assim, a potencialidade lesiva.³³

De acordo com Faria Costa, a ofensividade pode se estruturar em três níveis, todos tendo como ponto de análise o bem jurídico, quais sejam: dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado de perigo. Tais formas de estruturação significam respectivamente os crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato. Assim, para Faria, os crimes de perigo abstrato e concreto representam um desvalor do cuidado-de-perigo, devendo proibir tais condutas a fim de evitar ações e omissões aptas a vulnerar algum bem jurídico.³⁴

Sob tal perspectiva, analisando o princípio da ofensividade conjuntamente com o princípio da necessidade, tem-se que a tutela penal só é legítima quando for imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e a liberdade da pessoa humana.

³² BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Revan. 12 edição. 2011. Pag. 92 e ss.

³³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 95.

³⁴ Ibidem, pag. 95.

Beccaria e Montesquieu falam do princípio da necessidade (*nulla Lex poenalis sine necessitate*) como sendo:

“É melhor prevenir os crimes do que puni-los. (...) O proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos: é decidir por capricho, a virtude e o vício, que nos são ensinados como eternos e imutáveis”. E ainda: “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são, por sua própria natureza, injustas; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para os seus súditos.”³⁵

O bem Jurídico, como bem do direito, mescla o individual e o social (tanto natureza material como espiritual) sendo importante o suficiente à manter a livre convivência social. Primeiramente após uma valoração realizada pelo constituinte, seguida de uma valoração do legislador ordinário, teremos um conceito material de bem jurídico que reside da realidade ou da experiência social. Destaca-se a relatividade de tal conceito, já que é determinado em dado momento histórico-cultural. Assim, o legislador ordinário sempre deve observar os valores e diretrizes consagrados na Constituição Federal, em razão do caráter limitativo da tutela penal.³⁶

O bem jurídico apresenta quatro principais funções na seara penal, sendo estas:

a) Função de garantia: para evitar que se ultrapasse o *Jus Puniendi* (direito de punir) estatal, deve ser observada a construção dos tipos penais, tendo o bem jurídico como um conceito limite na dimensão material da norma, onde se percebe a sua função político-criminal.

b) Função teleológica: é a forma de interpretar o tipo penal, onde se busca analisar a sua finalidade, neste caso, a proteção do bem jurídico, condicionando assim o seu sentido e alcance.

c) Função individualizadora: no momento concreto em que é fixada a pena, levando em conta a extensão da lesão ao bem jurídico, é utilizado como critério de medida da pena aplicada.

³⁵ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 114.

³⁶ Ibidem, pag. 114.

d) Função sistemática: é utilizado como critério para classificar os tipos penais da parte especial do Código Penal, ou seja, de acordo com cada bem jurídico pertinente o código irá se dividir em títulos ou capítulos, grupos, etc. deste modo, quando a lei penal respeitar o princípio da garantia, o bem jurídico estará cumprindo seu devido papel em uma sociedade democrática.³⁷

Ante o exposto, podemos definir o conceito de bem jurídico como um bem material ou imaterial extraído de um contexto social, sendo de titularidade individual ou metaindividual o qual é atribuído uma valoração essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem. Este que não se deve confundir com o objeto da ação ou material que é o elemento (coisa móvel, no delito de furto) sobre o qual incide o comportamento punível do autor da infração penal. Por ter relevância somente quando a consumação depender de uma alteração na realidade fática ou do mundo exterior, o objeto material não será uma característica comum a qualquer elemento.

2.2 Espécies de Ofensa

Verifica-se que existem várias classificações e definições de espécies de ofensa penal, todavia, não é conveniente a exploração de todas elas, tendo em vista não se tratarem do objetivo principal deste trabalho acadêmico, assim, será analisada as definições mais relevantes.

2.2.1 Dano

O dano incrimina a destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia, como vem demonstrado em sua tipificação no artigo 163 do Código Penal:

“Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

³⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 115.

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”³⁸

Assim, o bem na destruição, deixa de subsistir na sua individualidade, ainda que exista materialmente, como por exemplo a derrubada de uma árvore ou a morte de um animal, ou ainda quando desaparece sem possibilidade de se recuperá-lo. Já na inutilização, não ocorre a destruição da coisa, mas sim uma diminuição do seu estado, perdendo temporariamente a adequação para sua finalidade. Enquanto isso, na deterioração tem-se que o bem foi arruinado, estragado, apesar de não ter sido destruído nem desaparecido, sofrendo uma redução no seu valor econômico ou utilidade. Vale lembrar, que a deterioração não se confunde com a conspurcação, pois esta não atinge a individualidade ou a substância da coisa.³⁹

O Código Penal deixou de prever a ação de fazer desaparecer a coisa quando não haja perecimento. Quem, por exemplo, solta animal alheio, fazendo-o dispersar e desaparecer, não pratica o crime de dano.⁴⁰

O dano, delito de ação múltipla ou conteúdo variado, pois mesmo que ocorra diversas condutas descritas no tipo penal, haverá um único delito. Ou seja, é um delito de resultado, que decorre de uma ação ou omissão dolosa necessariamente, e originem o evento exigido no tipo. Na conduta comissiva, é possível que seja direta ou indireta, pois, pode vir a decorrer da aplicação de força física pelo próprio agente ou se utilizar de meios capazes de produzirem o resultado imediatamente, ou ainda, se utilizar de uma força humana não imputável como um animal, processos mecânicos e químicos, enquanto que na conduta omissiva, basta a inação dolosa do sujeito ativo.⁴¹

2.2.2 Perigo de Dano

Alguns doutrinadores, cite-se Manzini à exemplo, acreditam que o perigo de dano se trata de uma abstração, sendo na sua visão, imprópria a distinção entre

³⁸ Presidência da República. Código Penal, Título II, Capítulo IV. Do Dano. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 16/09/2015, 9h.

³⁹ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 920.

⁴⁰ Ibidem, pag. 920.

⁴¹ Ibidem, pag. 920.

perigo concreto e perigo abstrato⁴². Já Antolisei é contrário a tal linha de pensamento, haja vista considerar que, por existir a probabilidade de um evento sempre concreto, o perigo também será⁴³. Assim também entende David Baigún, ser o perigo de dano sempre concreto em um sentido “mental” e não em uma “sensorial.”⁴⁴ O perigo presumido “nada mais é senão o perigo concreto, assim considerado pelo legislador. A *ratio* não muda” conforme entendimento de Nuvolone.⁴⁵

Com outro enfoque, Zaffaroni entende que “todos os perigos são ‘concretos’ e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: *ex ante* são todos concretos, *ex post* são todos abstratos.”⁴⁶

Visto tais entendimentos, o que se pode perceber é que não há um entendimento pacífico sobre o aspecto concreto ou abstrato de perigo.

Realizando uma conceituação de um ponto de vista negativo, temos o doutrinador Rui Carlos, que para este, “não haverá perigo nas situações em que a verificação do evento seja certa ou, pelo contrario, impossível. E tão pouco existirá quando a possibilidade (ou probabilidade) respeitar a um evento não danoso.”⁴⁷ Concepção essa que não satisfaz.

Partindo para um conceituação ontológica ou normativa, Giuseppe Bettiol afirma que, por ser um dano potencial e não efetivo, tem-se um conceito normativo, haja vista que a realização de um evento é baseada em prognósticos.⁴⁸ Assim como José Francisco, mas ressalta que “não deixa de ter raízes na dimensão onto-antropológica que a relação de cuidado-de-perigo solidifica”. Na sua visão, o perigo também tem uma essência ontológica, “a par de uma nomológica – referida ao conhecimento das leis de causalidade.”⁴⁹

⁴² MANZINI, Vincenzo. Trattato Di Diritto Penale Italiano. 5 Edição. Torino. Editora Unione Tipografico. pag. 595.

⁴³ ANTOLISEI, Francesco. L'azione e L'evento Nel Reato, Milano. Istituto Editoriale Scientifico. pag 143.

⁴⁴ BAIGÚN, David. Los Delitos de Peligro y La Prueba Del Dolo. 1 Edição. Editora B de F. pag. 35 e ss.

⁴⁵ NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal, 1º Volume. São Paulo. Editora Revista do Tribunais. pag. 253.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. 5 Edição. Argentina. Editora Ediar. Pag. 259.

⁴⁷ PEREIRA, Rui Carlos. O Dolo de Perigo. Lisboa. 1995. pag. 20.

⁴⁸ BETTIOL, Guiseppe. Diritto Penale, Edizioni Scientifiche Italiane. Italia. pags. 348 e 349.

⁴⁹ COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Lisboa. Coimbra Editora. 1992. pags. 563 e 564.

O direito extrai da realidade as situações de perigo e as seleciona baseados em critérios de experiência, por existir determinada relevância para o mundo jurídico. Temos então perigos que são relevantes para o direito quanto outros não são, pois a lei que irá fazer tal consideração. Tem-se nesse caso o caráter normativo, sem abdicar-se do seu caráter ontológico.⁵⁰

Em uma última análise, temos a existência de três teorias indicada pelos autores. A primeira, formulada principalmente por Janka, Von Buri e Finger, chamada de teoria precursora, denominada subjetiva, diz que o perigo não existe objetivamente, o perigo é mera imaginação (*ens imaginationis*), a qual decorre da falha do nosso conhecimento, uma hipótese e não uma possibilidade, uma sensação que, por ser mero fruto da imaginação, não existe concretamente.⁵¹

A segunda teoria, denominada objetiva, entra em contradição com a primeira, pois para esta não é mero ente da imaginação que decorre da imaginação humana, mas sim um ente real e objetivo. Para essa teoria o perigo é um “trecho da realidade”, que tem como autores adeptos Madureira Pinho, Von Kries, entre outros.⁵²

Como solução do conflito entre a primeira e a segunda teoria, surge a terceira teoria, sendo esta intermediária e defendida por Oppenheim. Para essa teoria o perigo de dano é objetivo e subjetivo, pois como explicitado pela segunda teoria, o perigo é algo objetivo, haja vista existir como realidade, e precisamente por isso é perceptível, extraíndo-se aí o aspecto subjetivo.⁵³

Para a corrente majoritária, defendida por Bettiol, Biamonti, Carnelutti, Nelson Hungria, entre outros, a configuração de perigo é necessário a presença de uma possibilidade e probabilidade de dano, enquanto a minoritária, defendida por Rocco, Delitala, Florian e Von Hippel, só se faz necessário a existência de uma possibilidade.⁵⁴

A probabilidade surge com mais intensidade do que a possibilidade, configurando uma situação real de potencialidade para ocorrência do evento, excluindo a eventualidade. Enquanto a possibilidade admite o provável e o

⁵⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 52.

⁵¹ Ibidem, pag. 53.

⁵² Ibidem, pag. 53.

⁵³ Ibidem, pag. 54.

⁵⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Nexo Causal. São Paulo. Saraiva. 1964. pag. 59.

improvável, a probabilidade admite apenas o provável. Não sendo caso de matemática ou estatística, mas de mera densidade significativa para a consumação do evento.⁵⁵

De forma mais clara, podemos ver na prática. Imagine uma criança atravessando sozinha uma rua do Centro de São Paulo. Esta criança correu em perigo, mesmo que não se possa calculá-lo matematicamente. Da mesma forma acontece em uma troca de tiros entre policiais e bandidos. Há perigo para ambas as partes, porém não se pode calcular também, pois trata-se de uma apreciação de relevância.⁵⁶

2.3 Classificação dos Crimes

Neste momento, haja vista a existência das mais variadas classificações de crime e não existindo a conveniência de se explorar de todas elas, tendo em vista não se tratarem do objetivo principal deste trabalho, neste tópico, analisar-se-á as mais importantes.

2.3.1 Crime de Dano

O crime de dano surge quando há uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. O agente tem em sua conduta a finalidade de acarretar dano ou lesão ao bem protegido pelo tipo penal, de forma que se o resultado for diverso, não teremos um crime de dano, mas sim um crime de perigo. A exemplo do que seria o crime de dano, temos a prática delitiva do homicídio, bem como da lesão corporal.⁵⁷

O tipo penal descreve uma ação lesiva a um bem jurídico, que, em confronto com a conduta delituosa do agente em causar lesão, assume relevância jurídico-penal em sua consumação. Assim, se pressupõe que nos crimes de dano, ocorreu a produção de uma lesão.⁵⁸

⁵⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 54.

⁵⁶ Ibidem, pag. 55.

⁵⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 108.

⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA. Editora JusPodium, 2012, pag. 209.

Deste modo, a mera conduta que expõe a vítima a uma lesão, sem causá-la efetivamente não pode ser considerado crime de dano, classificando-se então em crime de perigo.

Nesse sentido, temos a definição de Greco:

“Cria-se uma infração penal de perigo para que seja levada a efeito a punição do agente antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, a causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido. Dessa forma, os crimes de perigo são, em geral, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano quando estes vierem a acontecer.”⁵⁹

O objeto material do delito de dano é a coisa móvel ou imóvel corpórea, não sendo possível que se realize as condutas descritas no artigo 163 caso contrário. Assim, a tutela do dano moral está inserida no âmbito da responsabilidade civil, ficando excluído da esfera de proteção do tipo. Para ser considerado objeto material, basta que se tenha um valor de uso, ainda que tal valor seja somente para o dono, independentemente do seu valor pecuniário. É nesse sentido, que se houver a diminuição da utilidade da coisa, independentemente de seu valor comercial, haverá conduta danosa para efeitos penais. Cabe a observação que o bem deve ser alheio, não configurando dano sobre bem *res nullius* (coisa sem dono), mas sim sobre bem perdido que tenha um proprietário.⁶⁰

Subjetivamente, o dano está representado pelo dolo (vontade livre e consciente) de destruir, inutilizar ou deteriorar. A doutrina diverge no que diz respeito ao tipo subjetivo. Enquanto alguns entendem ser necessário o especial fim de agir com o propósito de causar dano (*animus nocendi*), outros têm o entendimento de que se incrimina o dano simplesmente por gerar prejuízo e não com a finalidade de proteger a coisa em si, concluindo-se que o resultado danoso é inseparável do evento, não importando que o agente ativo do delito aja impelido por outros fins. Ainda em análise da finalidade, até mesmo o fim de lucro pode ser verificado eventual e indiretamente, porém, não como ocorre no furto. Se o agente tem

⁵⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 109.

⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 921.

finalidade diverso do de danificar, atuando impelido por outro fim, resta então, desnaturado o delito de dano⁶¹. Nesse sentido temos os seguintes exemplos:

- Artigo 345 do CP: Agente que age com a finalidade de fazer justiça com as próprias mãos;
- Artigo 161 do CP: Agente que age com a finalidade de delimitar limites, na forma de destruição de sinais divisórios;
- Artigo 210 do CP: Agente que deseja violar sepultura com a sua respectiva destruição. Etc.

O dano tem como seu momento de consumação a efetiva destruição, inutilização ou deterioração da coisa, haja vista ser delito de resultado e instantâneo com efeitos permanentes, como já visto anteriormente. Isso não impede que o crime assuma a forma de crime permanente (crime que a sua consumação se estende no tempo), como o caso do agente que comete crime por omissão. Da mesma forma, o crime de dano poderá ainda ser total ou parcial, restando consumado mesmo quando a destruição for parcial porem ficar demonstrada a finalidade de destruição total.⁶²

Admite-se ainda a tentativa, mas neste caso não deve estar demonstrado o resultado em forma de estrago relevante, compreendido como exemplo o agente que é interrompido logo após desferir uma machadada em uma árvore a qual tinha a intenção de derrubar.⁶³

O dano ainda pode assumir a forma qualificada devido aos meios utilizados em sua execução, a qualidade do sujeito passivo, os motivos do crime, bem como suas consequências, recebendo assim uma majoração na pena abstratamente cominada pela necessidade que alguns bens jurídicos tutelados tem devido a sua natureza.

A primeira forma ocorre quando há o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, não necessariamente contra o proprietário do bem danificado. A utilização de violência implica no concurso material de crimes, porém não será qualificado se acontecer após a consumação do crime de dano. O artigo 163,

⁶¹ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 921.

⁶² PRADO, op., cit. pag. 921.

⁶³ Ibidem, pag. 921.

parágrafo único, inciso I, absorver ainda a grave ameaça e as vias de fato. A qualificadora encontra fundamento na maior gravidade do injusto.⁶⁴

A segunda forma ocorre com o emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constituir um crime mais grave. Tem natureza mista a utilização de substância inflamável ou explosiva, pois influi tanto na expressividade do injusto quanto na culpabilidade. Assim, é justificável o agravamento da pena devido a maior comoção que a utilização dos inflamáveis e explosivos causam, seja na dimensão dos estragos, seja na repercussão da conduta no meio social. A utilização desses meios gera tipo subsidiário expresso, pois se gerar o perigo comum, o agente incide nas sanções do artigo 251.

“Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

§ 1º - Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”⁶⁵

A terceira forma ocorre nos crimes contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, que tem aumento de pena devido a maior gravidade do injusto. Os Códigos de 1830 e 1890 separavam os danos causados contra propriedades públicas e particulares, assim como o código francês. Não há discussão sobre a *ratio* (razão) da agravante estar na prevalência do interesse público, além disso, o patrimônio particular comumente possui defesa direta, fato este que nem sempre ocorre com os bens públicos.⁶⁶

Não se pode conceituar o que seria os bens públicos de acordo com o artigo 99 do Código Civil, pois assim, estariam de fora do espectro protetivo da norma. Incluem-se também a noção de patrimônio público, para fins penais, os bens dominicais, os de uso especial e os de uso comum do povo. Até porque, tais bens podem se transformarem em bens patrimoniais com a simples iniciativa do poder

⁶⁴ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 922.

⁶⁵ Presidência da República. Código Penal, Título VIII, Capítulo I. Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 17/06/2015, 17h11.

⁶⁶ PRADO, op., cit. pag. 922.

estatal, como ocorre na desafetação. Destarte, os bens locados para o ente público não qualifica o crime por tais bens não integrarem o patrimônio público em sentido amplo.⁶⁷

Gozam de identidade tutela os bens de empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, por estarem afetos ao interesse público.⁶⁸

A quarta forma ocorre por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima, tal agravante é destacado devido a maior reprovabilidade pessoal pela realização da conduta típica e ilícita (culpabilidade). O sentido a que se refere o inciso IV do artigo 163 do Código Penal, “egoístico”, é aquele egoísmo antissocial, exacerbado, que impulsiona o agente ao crime. O motivo torna-se egoístico quando o móvel impulsionador da ação delitiva está centrado no firme propósito do agente em obter um proveito econômico ou moral posterior, cite-se como exemplo o piloto automobilístico que, considerado um dos melhores de sua categoria, e com a finalidade de obter a vitória em uma corrida, realiza alterações no carro de seu concorrente para que este não possa competir, obstaculizando a sua corrida devido a tais danos.⁶⁹

Prado diz que:

“O prejuízo considerável para a vítima é circunstância que deve ser apreciada a luz de suas condições financeiras, diferentemente da razão que inspirou a regra do artigo 155, § 2º do Código Penal. Portanto, apesar da relatividade do critério, é preciso aquilatar, mensurar a repercussão do dano no patrimônio do sujeito passivo do crime, considerando suas posses e situação econômica. A qualificadora encontra razão na maior gravidade do injusto.”⁷⁰

Por fim, para evitar que se descaracterize o crime, é necessário que o dolo do agente alcance a vontade de causar o prejuízo considerável. Nada mais correto, porque o dolo deve abranger o conhecimento dos meios, fins e consequências visados pelo sujeito.⁷¹

⁶⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 923.

⁶⁸ Ibidem, pag. 923.

⁶⁹ Ibidem, pag. 923.

⁷⁰ Ibidem, pag. 923.

⁷¹ Ibidem, pag. 924.

Comina-se a pena de detenção para o delito de dano, de um a seis meses, ou multa (artigo 163, *caput*). Enquanto isso, o dano qualificado é apenado com detenção de seis meses a três anos, e multa, bem como a pena correspondente à violência (artigo 163, parágrafo único).

Os delitos de dano são julgados nos Juizados Especiais Criminais de acordo com o artigo 61 da Lei 9.099/95. Assim, é possível a suspensão condicional do processo tanto na forma simples como na forma qualificada, como dispõe o artigo 89 da supracitada lei, ressalvando-se no caso da forma qualificada quando for hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher como dispõe o artigo 41 da Lei nº 11.340/06. A ação penal é pública incondicionada, com exceção do *caput* ou quando o delito for praticado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para vítima, caso este que a ação penal é privada. Assim nas hipóteses de forma qualificadas previstas no parágrafo único, incisos I, II e III, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do artigo 167 do Código Penal.⁷²

2.3.2 Crime de Perigo

Tendo em vista o conteúdo abordado acima, que nos trouxe breves definições (dano, perigo de dano e crime de dano) passamos agora para a análise e definição dos crimes de perigo, ou seja, aqueles que causam um perigo de ofensa (dano) ao bem jurídico tutelado, pois se consuma com a mera situação de risco a que fica exposto o objeto material do crime (ex.: rixa). Destarte, nos crimes de perigo não é necessário que haja lesão ao bem jurídico tutelado para que o crime reste configurado, como vimos.

Analisando historicamente os crimes de perigo, podemos vê-los sob duas perspectivas: uma advinda da existência de tais delitos constatados pela técnica da tipificação, ainda que sem devida designação; outra decorrente da construção doutrinária.⁷³

⁷² PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pag. 924.

⁷³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 50.

Já na antiga Roma encontrávamos exemplos de tais crimes, como aqueles que eram punidos ao deixar vasilhames sobre o peitoril das janelas, mesmo que tal conduta não gerasse lesão aos transeuntes.⁷⁴

Walter Coelho define como crime de perigo “aquele que mesmo sem destruir ou diminuir o bem-interessante penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos bens interessantes, com relevante probabilidade de dano.”

Esses são tipos penais subsidiários, de forma expressa ou tácita. Quando houver dolo de causar dano ao bem jurídico tutelado, deve o sujeito responder pelo crime de dano, e não pelo crime de perigo, ainda que na modalidade tentada.

Percebe-se que tanto o crime de dano como de perigo referem-se sempre ao bem ou interesse jurídico protegido. O que diferencia um do outro é a relevância da agressão ao bem jurídico, agressão esta que resulta de uma conduta delituosa que venha a causar dano ou expor a perigo de dano.⁷⁵

Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, como se passa a definir agora.

2.3.2.1 Crime de Perigo Concreto

Considera-se crime de perigo concreto aquele que para o aperfeiçoamento do tipo, é necessário que exista efetivamente o perigo, onde este será analisado caso a caso. A doutrina majoritária entende que tal perigo compõe o tipo penal, dessa forma, fazendo parte de sua descrição.

Nos crimes de perigo concreto, é necessário demonstrar no caso concreto que a situação de perigo restou causada pela conduta do agente. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex post*, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de se concluir se, no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem jurídico tutelado.⁷⁶

⁷⁴ PINHO, Demosthenes Madureira de. O Valor do Perigo no Direito Penal, p. VIII e ss.

⁷⁵ COELHO, Walter. Teoria Geral do Crime. São Paulo. Editora Sérgio Antônio 1998. pag. 99.

⁷⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 109.

Como exemplo de perigo concreto temos o tipificado no artigo 250 do Código Penal: “Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.”⁷⁷

Vê-se que trata-se de crime de perigo concreto pois o próprio artigo faz referência ao perigo, não restando dúvida quanto a sua indicação, jamais podendo ser considerado como crime de perigo abstrato ou presumido. O perigo está explícito no próprio tipo, como exige a doutrina para a configuração de crime de perigo concreto, não podendo se afirmar o contrário somente pelo fato de não estar presente o expressamente o vocábulo “perigo.”⁷⁸

Os crimes de perigo concreto se caracterizam no geral por exigir que se constate o perigo no caso a caso, tendo em regra o perigo indicado no tipo. E, mesmo que não esteja expresso o vocábulo perigo, estando ainda impreciso, aberto, não se poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto.⁷⁹

O legislador formula tipos em que o perigo deve ser demonstrado caso a caso e outros em que o perigo é presumido.

2.3.2.2 Crime de Perigo Abstrato

Tem-se como o conceito de crime de perigo abstrato, o tipo penal que entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática de um comportamento comissivo ou omissivo, por ele previsto. Os crimes de perigo abstrato são também conhecidos como crimes de perigo presumido, assim, adota-se uma visão *ex ante* (baseado em uma suposição) a fim de se concluir a situação de perigo criada pelo comportamento típico do agente, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente produziu, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar.⁸⁰

⁷⁷ Presidência da República. Código Penal, Título VIII, Capítulo I – Dos Crimes de Perigo Comum. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 15/06/2015, 20h03.

⁷⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 69.

⁷⁹ Ibidem, pag. 71.

⁸⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 109.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure* (Estabelecido por lei e considerado por esta como verdade). Na visão de José Francisco de Faria Costa, os crimes de perigo concreto, o perigo constitui elemento de tipo legal, ao passo que nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só sua motivação.⁸¹

Exemplo de crime considerado como de perigo abstrato ou presumido, é o crime tipificado no artigo 33 da lei 11.343 de agosto de 2006, conhecido como tráfico de entorpecentes:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas⁸².”

Segundo a doutrina há uma presunção absoluta de perigo para o bem jurídico saúde pública. O que se percebe é que o próprio perigo é presumido, mas com caráter absoluto, pois, basta que se pratiquem qualquer um dos verbos para

⁸¹ SILVA, op., cit. pag. 72.

⁸² Presidência da República. Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), Título IV, Capítulo II – Dos Crimes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acessado em 16/06/2015, 20h10.

que fique configurado o crime. São condutas danosas em si mesmas, tendo o narcotráfico como exemplo.⁸³

Ao tipificar os crimes de perigo abstrato, deve se observar a necessidade que decorre da natureza de cada bem jurídico, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si. Perigo este, que deve ser próprio do comportamento, sendo, no momento de sua construção, calcado na experiência⁸⁴. Miguel Reale Júnior afirma que: “na construção do modelo típico dos crimes de perigo abstrato, o legislador, adstrito à realidade e à experiência, torna puníveis condutas que, necessariamente, atendida a natureza das coisas, trazem ínsito um perigo ao bem objeto da tutela.”⁸⁵

Há ainda, penalistas que diferenciam os crimes de perigo abstrato e presumido, considerando-os como equívocos, como por exemplo, Mantovine. Para ele nos crimes de perigo abstrato, o perigo é ínsito na conduta de acordo com uma experiência, onde o juiz deve analisar a adequação da conduta ao tipo, enquanto que os crimes de perigo presumido, o perigo não é ínsito na conduta, porém a lei presume *juris et de jure*, não admitindo assim, prova em contrário. Mantovine ainda afirma que nos crimes de perigo abstrato, não se pode ter o controle das condições que podem acarretar em um evento lesivo, enquanto que nos de perigo presumido é possível fazer tal controle, dando como exemplo a conduta de passagem em sinal de trânsito vermelho, que “subsistia ainda que a estrada de um cruzamento estivesse totalmente deserta.”⁸⁶

Tal distinção não é acolhida, haja vista as expressões crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto serem consideradas no nosso ordenamento jurídico como sinônimas, servido apenas como contraposição de crime de perigo concreto. Quando se adota a classificação de Mantovani, automaticamente está se dizendo que os crimes de perigo presumido são inconstitucionais, pois não traz o perigo ínsito na conduta. A simples falta de habilidade para dirigir, ou ainda a simples passagem em um sinal vermelho não tem a vulneração necessária à atingir

⁸³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 72.

⁸⁴ SILVA, Ibidem, pag.73.

⁸⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Problemas Penais Concretos, São Paulo. Editora Malheiros. 1997. pag. 66.

⁸⁶ SILVA, op., cit. pag. 74.

um bem jurídico relevante, sendo neste caso inadmissíveis como pressuposto de crime.⁸⁷

Em sede de exemplo, temos o dispositivo 309 da lei nº 9.503 de setembro de 1997 (código de trânsito Brasileiro), que revogou o artigo 32 da lei de contravenções penais. O revogado artigo 32 dizia que: “Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.”⁸⁸

Ou seja, era presumido o perigo na conduta do agente que era encontrado em via pública dirigindo sem habilitação independente de estar dirigindo com todas as cautelas necessárias. Diferentemente do que ocorre hoje, onde de acordo com o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que revogou a primeira parte do supracitado artigo, para se configurar a infração prevista, é necessário que seja comprovado absolutamente, no caso concreto, que a condução do veículo pelo agente, vulnerou a vida ou saúde de alguém, e caso não comprovado, será indiferente para o Código Penal, podendo ser responsabilizado apenas administrativamente, veja⁸⁹: “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”⁹⁰

Visualize o exemplo onde um agente de trânsito da ordem a um veículo aleatório em uma blitz de trânsito, e este confesse ao agente não ser habilitado. A conduta do condutor não terá relevância penalmente se não for comprovada que vulnerou outrem, não impedindo que este venha a ter o seu carro apreendido ou receba uma multa, bem como qualquer outra sanção administrativa cabível.⁹¹

⁸⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 75.

⁸⁸ Presidência da República. Decreto Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), Parte Especial, Capítulo III – Das Contravenções Referentes à Incolumidade Pública. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acessado em 17/06/2015, 11h49.

⁸⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 110.

⁹⁰ Presidência da República. Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), Capítulo XIX, Dos Crimes de Trânsito, Seção II, Dos Crimes em Espécie. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acessado em 17/06/2015, 11h49.

⁹¹ GRECO, op., cit. pag. 110.

Caso Diferente é o do agente que a fim de aprender a dirigir veículos, sozinho em um estacionamento de um parque onde passam vários adultos e crianças, realiza manobras arriscadas e imprudentes quase atropelando-os, e ao ser visto por um agente de trânsito é interceptado cessando sua conduta. Neste caso, é claro que, devido a conduta do agente os visitantes do parque ficaram expostos à perigo concreto, podendo agora ser responsabilizado criminalmente.⁹²

Percebe-se que o problema fundamental está no tipo de perigo que se pretende evitar, e em qual forma essa proteção é realizada.

Não obstante, há casos em que o bem jurídico não se mostra vulnerado, caso este que descaracterizaria o delito. Assim, pondera-se que os crimes de perigo abstrato devam gozar de uma presunção *juris tantum* (apenas de direito) no que diz respeito à ameaça ao bem tutelado. Ponderação esta que faz parte da doutrina entender ser cabível prova em contrário no caso concreto onde ocorram condutas genericamente perigosas.⁹³

Patalano é um autor que, de acordo com o princípio da igualdade expresso no artigo 3º da constituição italiana, entende estar ameaçado em razão do fato de se tratarem igualmente situações diversas em que umas se mostrem “seguramente ofensivas” a um bem tutelado, enquanto em outras se apresentem sem possibilidade de lesão no caso concreto. Patalano defende que além de afrontar o princípio da igualdade, ainda é destituído de razoabilidade.⁹⁴

Já Zafaroni, de forma extremada, possui uma visão de que a infração delitiva nunca poderá ter presunção absoluta do perigo nas hipóteses do delito em questão, e afirma que “podemos admitir com respeito ao perigo ‘abstrato’ é que são tipos em que opera uma presunção *juris tantum* do perigo.”⁹⁵

Opinião que se contrapõe é a de Kindhauser, que diz que existindo a possibilidade de contraprodução de provas nos crimes de perigo abstrato, estaria

⁹² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, pag. 111.

⁹³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 75.

⁹⁴ PATALANO, Vincenzo. Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo. Napoli. Pag. 259.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. 5 Edição. Argentina. Editora Ediar. Pag. 259.

ocorrendo uma inversão ilegítima de ônus da prova, e assim, contrariando o princípio *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do reo).⁹⁶

Com ideias intermediárias tem-se a de que existem os crimes de perigo abstrato com presunção absoluta de perigo e os com presunção relativa, como ensina, e exemplifica João Mestiei. Para ele, um dos crimes de presunção absoluta de perigo seria a rixa, tipificado no artigo 137 do Código Penal, enquanto que os de abandono de incapaz e de recém-nascido *causa honoris* (por causa de honra), bem como o de maus-tratos, tipificados nos artigos 133, 134 e 136 do Código Penal, respectivamente, seriam de presunção relativa.⁹⁷

Em sede de crime de perigo abstrato, o perigo deve ser ínsito na conduta, porem o legislador, algumas vezes de forma equivocada, empreende tipificações sem se atentar ao bom senso e a natureza da conduta criando um modelo de perigo abstrato de forma artificial, em outras palavras, cria um modelo de perigo o qual não é inerente à conduta no plano real. Veja o exemplo já citado da passagem em sinal vermelho, em que o delito se ajustaria a um modelo de perigo concreto, em que o perigo pode surgir no desencadear da conduta, mas não necessariamente ocorre.⁹⁸

Logo, os crimes de perigo abstrato, devem manter uma presunção absoluta, claro, desde que estejam tipificados adequadamente, como no crime de moeda falsa, onde é impossível separar o perigo da conduta, constituindo por si só potencial perigo a fé pública. Nesses crimes de moeda, não há se quer a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância, independente do valor em que é fabricada ou colocada em circulação, pois já estaria causando relevante abalo nas relações que envolvem circulação de moeda⁹⁹.

⁹⁶ KINDHAUSER, Urs. Derecho Penal de La Culpabilidad Y Conducta Peligrosa. pag. 80.

⁹⁷ MISTIERI, João. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro. Editora Imprensa. 1999 pag. 242.

⁹⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 78.

⁹⁹ *ibidem*, pag. 79.

3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Após a análise de temas fundamentais para a apreciação da conveniência da adoção dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição, tendo sempre como referência a Lei Maior, observaremos o atrelamento do bem jurídico à ordem constitucional, bem como um direito penal que pretenda jogar suas malhas em espaço alheio à constituição, sendo a ela contrário ou mesmo postando-se em condução fora de seus parâmetros, é algo à evidência inaceitável.¹⁰⁰

Atualmente é bastante comum dizer que os crimes de perigo abstrato seriam *in totum* inconstitucionais por violarem o princípio da lesividade ou ofensividade. Segundo tal princípio, não poderia existir crimes sem a lesão ou exposição de lesão do bem jurídico no caso concreto. Assim, pelo fato dos crimes de perigo abstrato estarem caracterizados com a simples presunção de que o bem jurídico foi exposto a lesão ou perigo de lesão, é dito que o princípio da lesividade ou ofensividade estaria violado.¹⁰¹

Uma vez que o princípio da ofensividade teria hierarquia constitucional, os crimes de perigo abstrato seriam simplesmente contrários à Constituição, não podendo mais serem aplicados sem antes sofrerem uma reinterpretação em termos condizentes com tal princípio. Um exemplo é o da nova lei sobre armas de fogo, que define como crime inafiançável a conduta de “disparo de arma de fogo”, cominando-lhe pena superior à das lesões corporais (art. 15 da lei 10.826/2003).¹⁰²

O entendimento segundo o qual deve o bem jurídico-penal fundamentar sua dignidade penal na Constituição possui, hoje, considerável aceitação. Desta forma, devemos ter em conta dois problemas que desde logo surgem: o primeiro é de que nem todo bem ou valor constitucional deve ser necessariamente tutelado pela lei penal e o de que nem todo bem ou valor constitucional nos é dado de forma explícita.¹⁰³

¹⁰⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag.83.

¹⁰¹ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pag. 75.

¹⁰² Ibidem, pag. 76.

¹⁰³ SILVA, op., cit. pag. 84.

Para o exame da delimitação constitucional dos bens jurídicos-penais, partimos de três ordens de considerações ofertadas no famoso escrito de Dolcini e Marinucci, *Constituição e escolha dos bens jurídicos*, os quais sejam:

a) A primeira consiste em saber se da Constituição provêm vedações de incriminações;

b) A segunda questão explora se apenas os bens relevantes para a Constituição dispõem de dignidade penal;

c) A terceira indaga se a Lei Maior impõe a tipificação de tipos penais, ou seja, a tutela de certos bens pela via criminal.¹⁰⁴

Partido da primeira indagação, não temos maior dificuldade para responde-la, porquanto exemplos quanto à proibição a certas incriminações são encontrados nas diversas constituições. Dolcini e Marinucci, partindo da Constituição italiana como referência, exibem várias proibições de ilícitos penais que teriam como suporte básico os direitos de liberdade pertinentes a variados campos e que acarretariam para o legislador um considerável número de proibições, como restringir com ameaça de pena “a liberdade de domicílio (art. 14), a liberdade de circulação e permanência no território do Estado (art. 16), a liberdade de profissão religiosa (art. 19), a liberdade de expressão do pensamento (art. 21), a liberdade de ensino (art. 33), a liberdade de organização sindical (art. 39), o direito à greve (art. 40), a liberdade de associação em partidos (art. 49).”¹⁰⁵

Outro direito penal, prestigioso de liberdade, é o dos Estados Unidos da América, que mostra óbice às incriminações que visem cercear interesses garantidos pela Constituição, tais como liberdade de expressão, de associação, de reunião, de culto, porte de arma, proteção contra a auto incriminação, etc.¹⁰⁶

Dolcini e Marinucci afirmam que a proibição de incriminação assenta-se não só nos direitos de liberdades, mas também nos princípios fundamentais.¹⁰⁷

A Constituição consagra o princípio da igualdade de forma genérica em seu art. 5º, *caput*, e com formas mais específicas em seus incisos, podendo-se também afirmar que a tipificação de delitos que visem a ofender tal princípio resultará ilegítima. Foi nesse sentido que o Tribunal Constitucional italiano declarou

¹⁰⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 84.

¹⁰⁵ DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Apud SILVA, op., cit. pag.84 e 85.

¹⁰⁶ SILVA, op., cti. pag. 84.

¹⁰⁷ Ibidem, pag. 84.

a ilegitimidade do artigo que imputava como sujeito ativo do crime de adultério somente a mulher, haja vista tal artigo ferir o princípio da igualdade. Assim também ocorre no Brasil, onde se mostram as mais variadas vedações implícitas e explícitas de criminalizações, como por exemplo, a criminalização do estabelecimento de associações para fins lícitos, bem como a recusa em associar-se ou permanecer associado e a busca da tutela de um direito em juízo, etc.¹⁰⁸

Examinando a Constituição Federal e as constituições dos outros países, o que se percebe é que existem proibições que vem de forma expressa, mas também implícita.¹⁰⁹

Na análise da segunda questão, que trata da dignidade penal dos bens jurídicos para a Constituição, o que se indaga é se somente bens constitucionalmente relevantes podem gozar dos *status* de bem jurídico-penal. Positivamente, Ferrando Mantovani afirma que os bens devem ser constitucionalmente significativos ou ao menos não serem incompatíveis com a Constituição¹¹⁰. Enquanto isso, para Fiandaca e Musco, a lei penal será legítima ainda que decorra de forma implícita¹¹¹. Outros doutrinadores, como por exemplo, Faria Costa, entendem que a Constituição não seria uma fonte exaustiva de bens jurídicos, tendo dessa forma, caráter fragmentário, não se devendo pretender dela deduzir todos os bens jurídicos-penais. Veja o que ele diz:

“Assim, temos para nós que a Constituição desenvolve, neste particular como em tantos outros, uma função sistemática e uma função de orientação que ninguém ousa contestar; mas daí a admitir, como faz alguma doutrina italiana, que só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional, é coisa que consideramos como manifestamente errada. Seria atribuir, sem fundamento, não só uma natureza estática aos bens jurídicos, como também considerar a Constituição como o seu ‘catálogo’ mais representativo ou mesmo único.”¹¹²

¹⁰⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag.85.

¹⁰⁹ Ibidem, pag.86.

¹¹⁰ MANTOVANI, Ferrando, op. Cit., pag. 215. Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo, 2003. pag. 84

¹¹¹ FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale – Parte generale. 4 Edição. Editora Zanichelli. 2013 pag. 29.

¹¹² COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Lisboa. Coimbra Editora. 1992. pags. 198 e 199.

Tal linha de pensamento merece ser refletida, haja vista considerarmos que os bens jurídicos não são estáticos, mas fruto de um dado contexto histórico. Existem bens, como por exemplo, a fé pública que não possui *status* constitucional de forma expressa e nem por isso se tem questionado a legitimidade dos delitos de falso, sobretudo o de moeda falsa.

Ocorre que é um bem tradicionalmente tutelado pela generalidade dos Códigos Penais a ponto de o constituinte olvidar mencionar na Lei Maior. O fato de um bem jurídico não estar expresso na Carta Magna não exclui a sua dignidade penal.¹¹³

Uma forma de solucionar tal questão seria observando o postulado proposto, que consiste em vedar a certas incriminações ou à tutela de bens de forma incompatível com a Constituição, e que reclamam uma interpretação sistemática da Carta Política, alcançando assim uma solução viável que conforme e conjugue com a consideração de que se deve buscar na Lei Maior a dignidade dos bens, a fim de que sejam resguardados mediante tutela penal.

A Constituição Federal, obviamente não irá oferecer uma lista exaustiva de forma expressa dos bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente. Destarte, além de se tutelar os bens que são assinalados expressamente, deve ocorrer o mesmo com os que não enterrem em contradição com a mesma, observando, desde logo, as veações a incriminações nela contida de forma expressa ou implícita.¹¹⁴

Veja o exemplo que Silva trás:

“Temos o crime de moeda falsa, que tem como objeto jurídico a fé pública, a qual constitui bem merecedor de tutela penal. Tal valor não figura entre as proibições constitucionais de criminalização nem se põe em contradição com os valores consagrados na Carta Política. Ademais, a emissão de moeda é monopólio da União,¹¹⁵ e isso diz respeito à soberania nacional, de modo que está conforme à Constituição tal incriminação, ajustando-se aos objetivos de concretização dos valores constitucionais.”¹¹⁶

¹¹³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 87.

¹¹⁴ Ibidem, pag. 88.

¹¹⁵ Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 16/09/2015, 9h07.

¹¹⁶ SILVA, op., cit. pag. 88.

É partindo desse ponto de vista que podemos afirmar que os bens jurídicos-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores que a Carta Política visa a afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais.¹¹⁷

Por fim, em uma terceira indagação, surge a análise se a Constituição impõe incriminações. A resposta aparece imediatamente em uma rápida leitura do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam os breves exemplos:

- “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
- XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”¹¹⁸

Visto que a Constituição Federal certamente impõe criminalizações no intuito de resguardar certos bens, não é menos certo afirmar que somente os bens valiosos constitucionalmente requerem uma tutela penal. Portanto, somente nos casos expressamente consagrados pela Constituição é que deverá, de forma obrigatória, o legislador infraconstitucional tipificar condutas sob a ameaça da pena criminal, não sendo possível deduzir mandamentos criminalizadores implícitos.¹¹⁹

Francesco Palazzo é um dos autores que trás a ideia de que existe a obrigação constitucional de criminalização deduzida da Carta Magna de forma implícita. Veja:

¹¹⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 88.

¹¹⁸ Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 16/09/2015, 9h10.

¹¹⁹ SILVA, op., cit. pag. 91.

“O que se acha no bojo – é de ponderar-se – de ordem constitucional e impõe a proteção penalística dos valores, mesmo não sendo objeto de uma cláusula expressa de penalização, há, de qualquer modo, de ser entendido como parte integrante do que expressamente afirmado pelo constituinte.”¹²⁰

Apesar de ser uma linha de pensamento bem elaborada, a mesma não prospera, pois no plano prático teria insuperáveis dificuldades, visto que não há instrumentos suficientemente idôneos a compulsar o legislador nem sequer diante de imposições expressas da Constituição, o que se dirá das pretendidas obrigações implícitas.¹²¹

O abstraído até agora é que Constituição proíbe o legislador de tipificar como delito certos fatos que impliquem negar os valores consagrados na Lei Suprema. Além disso, podemos assegurar que a mesma não irá nos trazer uma lista exaustiva de bens que devem ser tutelados penalmente, devendo alguns bens jurídicos serem deduzidos por meio de uma interpretação teleológica em face dos valores que a ordem constitucional busca, resguardando seus valores instrumentais.¹²²

Vejamos o exemplo do artigo 32 da lei 9.605/98, que tipifica como crime a conduta de praticar maus tratos, abuso, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Se um agente mutila seu cão de estimação e o larga agonizando para a morte, o caráter criminoso dessa conduta fica explícito, porém no momento de se vislumbrar o bem jurídico afetado o problema surge. Haja vista o conceito de bem jurídico abordado, como o dado fundamental de titularidade o indivíduo ou da coletividade, o sofrimento causado ao cão não interfere de modo algum em qualquer esfera individual e tampouco lesiona bens jurídicos coletivos.¹²³

Pode ser que essa afirmação dada por Greco cause polêmica, e alguns fiquem com a dúvida se a revolta que sentimos diante de tal atrocidade não de

¹²⁰ PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Revista Jus Navigandi, Teresina. 2003. pag. 105.

¹²¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 91.

¹²² Ibidem, pag. 92.

¹²³ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pag. 90.

indícios a existência de um bem jurídico. Essa existência poderia ser fundada na solidariedade para com certos animais superiores, fazendo com que tal sentimento tornasse um bem jurídico. Formulação esta que é possivelmente defensável, conforme as palavras de Greco e proposta por Roxin em sua obra.¹²⁴

Ocorre que se utilizar-se de tal ponto de vista para a criação de um bem jurídico, poderia criar precedentes para um problema maior, pois, a partir do momento em que a legitimidade dessa punição é justificada por um sentimento de revolta, o mesmo poderia ser utilizado para se justificar também a punição de homossexuais, haja vista esse comportamento ser gerador de revolta em parte da população. Assim como pode também ser gerador de revolta a violação de normas etiquetas à mesa de um jantar oficial como aponta Jakobs¹²⁵. O que se pretende demonstrar é que a dilatação do conceito de bem jurídico no intuito de compreender sentimentos superiores implicará em abandono de funções críticas.¹²⁶

É nesse sentido, em observância ao conteúdo abordado que passamos as considerações sobre o exame das assertivas segundo o qual os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais, em razão do princípio da lesividade.

Como já visto, o princípio constitucional da lesividade ou ofensividade consiste precisamente no fato de que só deverá ser considerado crime as condutas que causem dano ou exponha o bem jurídico a perigo de dano. Com efeito, o Estado de Democrático de Direito se caracteriza, entre outras características, pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo respeito à liberdade, sendo assim, deve estar a serviço do bem estar da sociedade. Ou seja, O Estado não deve intervir na vida de seus súditos de modo arbitrário, proibindo condutas por mero dever de obediência, ou pretender conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político moral, com a ameaça da pena. Toda e qualquer intervenção estatal, e especialmente a intervenção penal, somente se justificará quando for estritamente necessária a defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões toleráveis.¹²⁷

¹²⁴ ROXIN, Strafrecht I. Buch, Lehrbuch. 2006 § 2/21.

¹²⁵ JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. 1991. § 2/19.

¹²⁶ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pag. 90.

¹²⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 94.

Visto tais condições, partimos para a análise de ocorrências entre certas espécies de bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato, ou seja, fatos que sejam ofensivos a certos bens, mas que devido as suas especificidades não possibilitam que ocorra uma relação de causalidade no moldes em que o processo penal exige.¹²⁸

Quatro funções do princípio da lesividade são enumeradas por Nilo Batista: em um primeiro momento, a função seria de “proibir a incriminação de uma atitude interna”. Deste modo, não seria possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha realizado uma conduta com o intuito de atingir bem alheio, ainda que tenha existido a cogitação. A segunda função consiste em “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”, assim, os atos de preparação, bem como a auto lesão, entre outros, não seriam criminalizados. A terceira função visa “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”, tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função seria a de “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”.¹²⁹

Essa quarta passa a ser objeto de aprofundamento a partir deste momento. Pois bem, ao direito penal não importa quão desviada da moral ou dos padrões sociais seja determinada conduta. Este só deve surgir quando estiver em jogo algum bem ou valor eleito como digno de tutela penal.¹³⁰

Como já observado, nem tudo que está acolhido na constituição deve ser objeto de tutela penal. A palavra-chave aqui é o princípio da subsidiariedade, da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima. Ou seja, pelo fato do direito penal dispor de sanções mais gravosas, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal.¹³¹

É crescente a utilização pelo legislador, a tutela de bens jurídicos através da incriminação de tipos de perigo abstrato. Tal fato decorre em grande parte da natureza das coisas, pois existem bens como a natureza, que pareciam ser

¹²⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 91.

¹²⁹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Revan. 12 edição. 2011. pag. 92 e seguintes.

¹³⁰ SILVA, op., cit. pag. 94.

¹³¹ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pags. 83 e 84.

inesgotáveis, e hoje necessitam de certos cuidados para evitar o seu fim. Porém, a tipificação de crimes de perigo abstrato preocupa, haja vista a falta de técnica dos elaboradores da lei. Isso não quer dizer que não há a necessidade de casos específicos tipificar ilícitos de perigo presumido, pois, da mesma forma que há bens tradicionalmente dignos de tutela penal, também estão surgindo novos bens que se incorporam a necessidade de serem preservados, como o já citado meio ambiente e a ordem econômica por exemplo.¹³²

Miguel Reale Júnior, já no século passado incentivava que se passasse a tipificar certas condutas de perigo abstrato para “as figuras penais preventivas da poluição”¹³³. Ivette Senise diz que quando se tratar de matéria de ofensas ao meio ambiente, as incriminações se justificam em razão da natureza de tais ofensas. O que ocorre, é que em determinados casos, o legislador não deve esperar que ocorra o dano para agir, em virtude da irreversibilidade de alguns bens.¹³⁴

O princípio da lesividade ou da ofensividade é observado sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o supracitado meio ambiente, a fé pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão de um dano catastrófico que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

Em outras palavras, os crimes de perigo abstrato não confrontam o princípio da ofensividade sempre que estiverem tutelando determinados bens que necessitem de uma tutela antecipada, assim, quando a infração penal não configurar uma mera violação de dever de obediência, e, para isso, é necessário uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador.¹³⁵

¹³² SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 95.

¹³³ REALE JÚNIOR, Miguel. Novos Rumos do Sistema Criminal. Editora Malheiros. 1997. pag. 214.

¹³⁴ FERREIRA, Ivette Senise. Tutela Penal do Patrimônio Cultural. Paraná. Revista dos Tribunais. 1995. pag. 99.

¹³⁵ SILVA, op., cit. pag. 101.

Devendo estar sempre presente, principalmente no momento da tipificação, o princípio da proporcionalidade, entendendo-se neste caso como a proibição de excessos dos legisladores perante os direitos fundamentais. Esse princípio se divide em três subprincípios, quais sejam: a) princípio da adequação ou idoneidade; b) princípio da necessidade ou da exigibilidade e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio indica que norma deve ser apta a satisfazer a necessidade que ensejou a sua criação, ou seja, deve ser uma norma justa, adequada e idônea ao fim proposto. Já o segundo subprincípio, decorre de ser inconciliável com um Estado de Direito medida constritiva ao cidadão que se mostre dispensável ou desnecessária. Deve ser indagado a possibilidade de outro meio menos gravoso para o Estado e alcançar a sua finalidade. Por fim, o terceiro subprincípio consiste em uma aferição do resultado pretendido à luz de um prognóstico de justa medida entre o resultado e o meio coativo. A ponderação deve ser feita sempre a partir de uma razoabilidade na relação entre meio e fim, devendo estar ainda, justaposto aos dois primeiros subprincípios.¹³⁶

O princípio da proporcionalidade presta a adequar a lei a casos concretos e particulares. Quando o poder arbitrio do legislador na edição for além do necessário, deve o interprete adequá-la aos padrões de legitimidade. Portanto, quando o julgador se deparar com alguma incriminação que agrida a Constituição, deverá deixá-la em conformidade com esta, pois os direitos fundamentais estão consagrados na generalidade das Constituições democráticas e reclamam por uma proporcionalidade no tocante a atos estatais restritivos.¹³⁷

Segundo Eduardo Correia, deve ser realizada uma investigação se os crimes de perigo abstrato afrontam o princípio da proporcionalidade. Há de se partir do pressuposto de que o bem decorra da Constituição, ou ao menos que não se ponha em contradição a ela, e seja relevante.¹³⁸

A saúde pública, objeto da chamada Lei dos Remédios (Lei 9.677/98), assim como a incriminação do tráfico de entorpecentes (artigo 12 da Lei 6.368/76) são exemplos de bens jurídicos constitucionalmente consagrados, onde a

¹³⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 103 a 105.

¹³⁷ Ibidem, pag. 108.

¹³⁸ CORREIA, Eduardo. Notas Críticas à penalização de Actividades Económicas. Textos doutrinários. Coimbra. Editora Coimbra. 1998. pag. 23.

incriminação não é em decorrência de um dano, mas sim de perigo de dano para a saúde pública. Nestes casos não é possível atribuir a qualidade de desproporcional a um crime de perigo abstrato sem que seja feita uma análise do tipo.¹³⁹

Em contrapartida, vejamos o revogado artigo 273 do Código Penal, que tratava da alteração de substância alimentícia ou medicinal: “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.”¹⁴⁰

O Supracitado artigo, revogado pela lei 9.677/98, configurava crime de perigo concreto, assim, no caso do bem jurídico ser a saúde comum, se fazia necessário à ocorrência de uma situação concreta em que um indeterminado número de pessoas fosse posto em situação de perigo em face das condutas descritas no aludido dispositivo. Esse artigo continha “uma nocividade negativa”, haja vista o medicamento que perde suas propriedades tornar-se um risco à saúde comum.¹⁴¹ Veja o que Miguel Reale diz: “O remédio inócuo causa perigo concreto à saúde, pois suprime total ou parcialmente o efeito terapêutico esperado, deixando de atuar contra mal que atinge a saúde que, desta forma, não é restaurada.”¹⁴²

Assim, com a nova lei dos Remédios, como diz Miguel Reale Júnior, não necessita mais de dois elementos constitutivos à configuração do delito, quais sejam “a destinação a consumo e o dado fundamental de a substância tornar-se nociva à saúde.”¹⁴³

Ocorreu neste caso o que já citamos anteriormente, a emotividade com matrizes sensacionalistas por parte da mídia, no qual foi editada a Lei dos Remédios influenciou o trabalho legislativo. Foi uma postura política a fim de satisfazer a “opinião pública” ao invés de apresentar soluções que pudessem ajudar na solução do problema amplamente divulgado pela mídia acerca dos diversos casos de falsificação de remédios. O que ocorreu foi o engano da população, onde o

¹³⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 109.

¹⁴⁰ Presidência da República. Código Penal – Parte Especial, TÍTULO VIII, CAPÍTULO III, Dos Crimes Contra a Saúde Pública. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, Acessado em 16/09/2015, 9h15.

¹⁴¹ SILVA, op., cit. pag. 109.

¹⁴² REALE JÚNIOR, Miguel. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999. pag. 421.

¹⁴³ Ibidem, pag. 423.

legislador se utilizou do direito penal “como instrumento de resposta simbólica à exigência de pena e segurança por parte do ‘público’ da política¹⁴⁴”.¹⁴⁵

A alteração do artigo 273 pela Lei dos Remédios, não reproduz o princípio da proporcionalidade, bem como seus subprincípios. Não existe na referida lei a adequação tampouco a idoneidade, pois, no momento em que o *caput* do referido artigo se refere genericamente à falsificação, corrupção, adulteração ou alteração destinada a fins terapêuticos ou medicinais, mesmo que não haja destinação ao consumo e sem fazer referência a nocividade à saúde, mostra-se flagrantemente inadequado, e isso porque a “alteração pode se dar em favor da saúde, aprimorando-se, inclusive o valor terapêutico do produto¹⁴⁶”.¹⁴⁷

Obviamente que o agente que alterar um produto medicinal contribuindo para o valor terapêutico do produto não será penalizado pelo aplicador da lei com uma sanção de 10 (dez) anos de reclusão, porém é isso o que o tipo impõe. O que temos é a inidoneidade da tipificação do bem jurídico saúde pública, pois a conduta que o legislador descreveu não traz em si ínsito o perigo para a mesma, não sendo portanto, adequada a medida.¹⁴⁸

Além disso, a tipificação da Lei dos Remédios não atende também o terceiro princípio, ou seja, o da proporcionalidade em sentido estrito. Fica evidente a desproporcionalidade na cominação da pena, onde é atribuída a reclusão de 10 a 15 anos e multa, além da qualidade de crime hediondo, isso tudo, sem que necessite da ocorrência de qualquer lesividade ao bem jurídico.¹⁴⁹

O que se tem então é: existem certas condutas de perigo abstrato exigem uma tipificação penal de em razão da sua natureza, como por exemplo, o tráfico de drogas que apresenta altíssimo grau de perigo para a sociedade, bem como a proteção do meio ambiente, que vem se esgotando. O perigo nesses casos são inerentes à conduta e que restringidas em prol da coletividade, que também faz *jus* aos direitos fundamentais, haja vista serem nada mais do que varias

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1994. pag. 23.

¹⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 110.

¹⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1999. pag. 423.

¹⁴⁷ SILVA, op., cit. pag. 110.

¹⁴⁸ Ibidem, pag. 111.

¹⁴⁹ Ibidem, pag. 111.

individualidades indefinidas e reunidas. Não seria razoável ou proporcional, aceitar condutas ilícitas com grande potencialidade danosa em nome dos direitos fundamentais em detrimento dos direitos fundamentais de toda a coletividade, pois seria uma contradição.¹⁵⁰

Tem-se também que não se pode incorrer no erro de pretender que essa espécie de incriminação sirva para tutelar o bem jurídico de qualquer tipo de ação. Pois como visto, o artigo 273 do Código Penal, não revela em si uma ofensividade inata na conduta descrita, que é pressuposto de exigibilidade, razoabilidade e idoneidade do ato de tipificar, sendo o bem jurídico aqui tratado, o mesmo para ambas as tipificações.

O simples fato de se tratar um crime de perigo abstrato, não exclui a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, como foi verificado, partindo da análise de um mesmo bem jurídico, temos tipos penais que atender ao princípio enquanto outros não. O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, porém o exame se dá caso a caso.¹⁵¹

Uma recusa aos tipos de perigo abstrato, bem como uma radical oposição à criminalização de novas formas de ofensa a novos bens jurídicos, não está em consonância com uma visão realista. Isso que dizer que não é só pelo fato de um crime ser de perigo abstrato que será posto em crise os princípios conquistados pelo avanço do direito penal. Partindo-se de um pressuposto que os bens jurídicos-penais devem estar assentados constitucionalmente, ou pelo menos de forma implícita, devemos analisar dois exemplos. O crime de embriaguez ao volante e o tráfico ilícito de substância entorpecente.

Veja o atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB – Lei 12.760/12) que erigiu expressamente, não obstante posições em contrário, a conduta de dirigir alcoolizado como tipo de ilícito abstrato.¹⁵² Veja:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

¹⁵⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 116.

¹⁵¹ Ibidem, pag. 116 e 117.

¹⁵² Ibidem, pag. 124.

Pena - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”¹⁵³

O dispositivo deixa clara a ideia adotada pelo legislador. Segundo Miguel Reale, “nestes delitos o perigo é presumido com base no que de modo exato se tem revelado pela experiência como constante, como uma situação à qual a periculosidade é inerente”.¹⁵⁴ Veja os termos utilizados no código de 69: “Art. 287. Dirigir veículo motorizado na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante.”

Segundo Ângelo Roberto, no caso em tela: “uma matriz de perigo concreto, por outro lado, justificar-se-ia em razão da desnecessidade de se modelar o tipo com o modelo de perigo abstrato, visto ser perfeitamente possível a averiguação do perigo caso a caso.”¹⁵⁵

Percebe-se, que a posição adotada no código atual não seria a melhor opção, haja vista o modelo de perigo abstrato só poder ser utilizado em hipóteses de real inviabilidade de tipificação da infração na forma de perigo concreto, visto que a (não)constatação do perigo é perfeitamente possível no caso concreto.¹⁵⁶

Veja agora o crime de tráfico de entorpecentes, com amparo constitucional ao teor do artigo 5º, inciso XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, (...)”. Não há aqui de se indagar o seu fundamento, pois ele é nos demonstrado de forma expressa. Ocorre que o crime mencionado é previsto na legislação e endossado na jurisprudência como sendo de perigo abstrato para a saúde pública. No caso em apreço, não é possível uma tipificação que o configure como infração de perigo concreto ou de dano, tampouco como a desnecessidade da sua tipificação. Isso não implica em dizer que todos os crimes de perigo abstrato não agridam princípios como o da intervenção mínima, da

¹⁵³ Presidência da República. Código Trânsito Brasileiro – CAPÍTULO XIX, SEÇÃO II, Dos Crimes em Espécie. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm, Acessado em 10/12/2015, 16h35.

¹⁵⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de Embriaguez, apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 140.

¹⁵⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 140.

¹⁵⁶ Ibidem, pag. 126.

proporcionalidade, da ofensividade, entre outros, porém sua tipificação como crime de perigo abstrato se mostra o meio mais eficaz, senão único, para o combate ao tráfico de entorpecentes.¹⁵⁷

Ângelo Roberto trás um questionamento interessante a respeito do da indispensabilidade da norma incriminadora, assim como a ser fundamental na defesa de determinados valores, qual seja: “É indispensável que se crie uma norma penal incriminadora?”; “É fundamental para que se defender determinado valor se crie um a norma penal?”. Se ponderarmos como positivo em ambos os casos, se terá então uma norma penal legítima.¹⁵⁸ Nesse mesmo sentido Bitencourt afirma: “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só é legítima se constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.¹⁵⁹

Vale salientar aqui que, o agente quando escolhe pela conduta típica, que não apresente uma causa de exclusão da ilicitude, comete um injusto penal, ainda que este seja informado por uma ilicitude material presumida. Porém o injusto penal poderá ser culpável ou não. A culpabilidade do agente não é presumida, o que temos é a presunção da periculosidade da ação ou omissão dele que deve ser avaliada pelo agente imputável no momento da ação segundo um juízo do proibido e do permitido. Em um primeiro momento temos o injusto penal, em outro, a culpabilidade. Dessa forma, a conduta é formalmente ilícita em face da vulneração de um bem jurídico mediante a presunção extraída da experiência e do bom senso, mas a ação valorada como ilícita poderá ser culpável ou não.¹⁶⁰

Devemos reconhecer que condenar todos os crimes de perigo abstrato é incoerente, devendo ser feita uma diferenciação entre os crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos. Surge então a dúvida se, por trás dos crimes de perigo abstrato não existiriam uma gama de outros fenômenos heterogêneos, fazendo necessária uma nova ramificação de crimes partindo-se do aludido, e assim realizar

¹⁵⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 127.

¹⁵⁸ Ibidem, pag. 129.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 2002. pag. 41.

¹⁶⁰ SILVA, op., cit. pag. 138.

uma análise separada de cada componente destes grupos. Seguir essa linha de pensamento geraria uma nova dúvida: quais seriam as novas estruturas?¹⁶¹

Para solucionar o problema de legitimidade dessas incriminações, é preciso realizar uma análise cuidadosa e detalhada da multiplicidade de crimes de perigo presumido criando critérios específicos e abandonando a utopia das soluções globais.¹⁶²

Evidentemente, as normas que não comportam uma tipificação como crime de dano ou perigo de dano, ou seja, de perigo concreto, terá de ser assim, comportada como de perigo abstrato, sob pena de, com a inação estatal, toda a sociedade ser punida.¹⁶³ Os crimes de perigo presumido, correspondem às exigências de tutela de um sistema penal liberal-democrático, como ensina Padovani: “a tutela na forma do perigo concreto resulta insuficiente pela dificuldade de precisar os termos de probabilidade da lesão, respeitando assim, o princípio da subsidiariedade.”¹⁶⁴

Deste modo, é legítimo que se adote uma postura de preservação antecipada por meio dos crimes de perigo abstrato para resguardar os bens pressupostos na constituição, ao menos de forma implícita ou instrumental, para tutela de bens ou valores constitucionalmente essenciais, em hipóteses que o tipo penal indique um caráter de ofensividade a algum bem primordial respeitando também o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima. Atendendo-se assim a necessidades preventivas, atribuindo maior preponderância ao desvalor da ação sem que isso signifique arranhar a constituição.¹⁶⁵

¹⁶¹ GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2011, pags. 108 e 109.

¹⁶² Ibidem, pags. 110 e 111.

¹⁶³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pag. 129.

¹⁶⁴ PADOVANI, Tulio. Menzogna e diritto penale. Volume 6. Italia. pag. 167.

¹⁶⁵ SILVA, op., cit. pag. 146.

CONCLUSÃO

A partir desse estudo, constata-se que o tema é bastante discutido, havendo uma grande divisão entre os doutrinadores que entendem os crimes de perigo abstrato como constitucionais e os que entendem o contrário. Além disso, é possível constatar que os crimes de perigo abstrato podem ser divididos em legítimos, como sendo aqueles que tutelam bens jurídicos que decorrem da constituição explícita ou implicitamente, e ilegítimos sendo os que não possuem tal característica. A exemplo de crime de perigo abstrato legítimo, teríamos os crimes ambientais, assim como teríamos o mero disparo de arma de fogo como ilegítimo.

Para tanto, antes de se realizar uma análise de tais crimes, antes é preciso realizar uma ponderação sobre o bem jurídico, pois há valores constitucionais primordiais informadores e vinculadores de uma catalogação e de uma hierarquização de bens jurídicos, os quais são aferíveis mediante rigorosos critérios formulados pela doutrina e pautados num conceito de constituição material a partir do qual se vislumbra um Estado de justiça que atribui especial relevo ao valor da pessoa humana, com todas as consequências daí decorrentes, em que se busca desvelar, mediante uma interpretação teleológica, as opções ético-socais da comunidade, visando à concretização dos valores essenciais inscritos na Lei Maior por meio da ordem infraconstitucional, em especial mediante tutela penal.

Dessa forma, o que se sabe é que o perigo constitui um “trecho da realidade”, sendo assim um aspecto objetivo, porém é portador também de um aspecto subjetivo, no caso, este se revela à medida que o perigo é percebido, momento este que a lei pode o considerar normativamente perigoso ou não.

Assim, merece atenção o entendimento de que os crimes de perigo abstrato seriam um gênero, tendo como espécie os legítimos e ilegítimos, haja vista existirem bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente antecipadamente, pois a demora na sua proteção poderia vir a trazer danos maiores, cite-se os crimes ambientais, que tutelam um bem jurídico essencial à sobrevivência humana, enquanto isso, existem outros como o já mencionado crime de disparo de arma de fogo, que pode vir a representar efetivamente uma ofensa ou exposição de ofensa, assim como o contrário também é possível, não causando perigo algum.

Destarte, a política criminal deve, em certos casos, por em destaque o desvalor da ação, aceitando a adoção de tipos de perigo abstrato, tal como ocorre no crime tentado, e isso ocorre pelo caráter preventivo e de tutela antecipada do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da.

ANTOLISEI, Francesco. *L'azione e L'evento Nel Reato*, Milano. Instituto Editoriale Scientifico.

ASSIS, Jorge Cesar de, e ZANCHET, Dalila Maria. Revista Jurídica Consulex . Ano XV, nº 354. 15 de outubro de 2011.

BAIGÚN, David. *Los Delitos de Peligro y La Prueba Del Dolo*. 1 Edição. Editora B de F.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1994.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Revan. 12 edição. 2011.

BETTIOL, Guiseppe. Diritto Penale, Edizioni Scientifiche Italiane. Italia. pags.

COELHO, Walter. Teoria Geral do Crime. São Paulo. Editora Sérgio Antônio. 1998.

CORREIA, Eduardo. Notas Críticas à penalização de Actividades Económicas. Textos doutrinários. Coimbra. Editora Coimbra. 1998.

COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Lisboa. Coimbra Editora. 1992.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. Nexo Causal. São Paulo. Saraiva. 1964.

DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale – Parte generale. 4 Edição. Editora Zanichelli. 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 5 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008.

JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. 1991. § 2/19.

JESUS, Damásio E. de. apud MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30ª edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato Di Diritto Penale Italiano*. 5 Edição. Torino. Editora Unione Tipografico.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30 edição. São Paulo, Editora Atlas, 2014.

MISTIERI, João. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Imprensa, 1999.

NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal, 1 Volume. São Paulo. Editora Revista do Tribunais. 1981.

PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Revista Jus Navigandi, Teresina. 2003.

PATALANO, Vincenzo. Significato e limiti dela dommatica del reato di pericolo. Napoli.

PEREIRA, Rui Carlos. O Dolo de Perigo. Lisboa. 1995.

PIMENTEL, Manoel Pedro. apud MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 30ª edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Presidência da República. Código Penal.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Presidência da República. Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 8 edição. Salvador/BA, Editora JusPodium, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Novos Rumos do Sistema Criminal. Editora Malheiros. 1997.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição. São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. 5 Edição. Argentina. Editora Ediar. 2011.